Wann ist ein verbotswidriges Geschäft nach § 134 B. G. B. nichtig?

INAUGURAL-DISSERTATION
verfasst und der
hohen Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Kgl. Bayer. Julius-Maximilians-Universität Würzburg
zur
Erlangung der Rechts- und Staats-Wissenschaftlichen Doktorwürde
vorgelegt von

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

MARCEL de HODY
Saargemünd (Lothr.)

STRASSBURG i. E.
Buchdruckerei C. & J. GŒLLER, Magdalenengasse 16
1909.

Referent: Geheimrat Prof. H. v. Burckhard.

MEINEN LIEBEN ELTERN

Literaturverzeichnis

Bähr. Kritische Vierteljahresschrift, Bd. 31. S. 317.

Cosack. Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts, Jena 1908.

Dernburg. Pandekten, Berlin 1888.

„ Die allgemeinen Lehren des bürgerlichen Rechts, Halle 1902.

Endemann. Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Berlin 1903.

„ Ueber die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht, Leipzig 1887.

Gareis. Kommentar zum B. G. B. Allgem. Teil, Berlin 1900.

Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung eines Entwurfes eines B. G. B., Berlin 1890.

Hölder. Kommentar zum B. G. B. Allgem. Teil, München 1900

„ zum allgemeinen Teil des Entw. eines B. G. B., Archiv für zivil. Praxis Bd. 73.

Jacobi. Die fehlerhaften Rechtsgeschäfte Arch. für ziv. Praxis, Bd. 86.

Isay. Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäftes, Jena 1899.

Kuhlenbeck. Von den Pandekten zum B. G. B. Teil 1 Berlin 1898.

Linkelmann. Die Sicherungsübereignungen. Arch. für bürgerl. Recht, Bd. 7.

Mitteis. Zur Lehre von der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte; Ihering's Jahrbücher, Bd. 28.

Planck. Kommentar zum B. G. B. Berlin 1903.
Rehbein. Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1899.
Regelsberger. Pandekten Leipzig 1893.
Schroeder. Ueber die verbotenen Rechtsgeschäfte nach heutigem Recht. Diff. Breslau 1905.
Staub. Kommentar zum H. G. B. Berlin 1900.
Savigny. System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1841.
Staudinger. Kommentar zum B. G. B. München 1908.
Thon. Rechtsnorm und subjektives Recht, Weimar 1879.
Weber. Systematische Darlegung der Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit, Schwerin und Weimar 1805.
Wendt. Unterlassungen und Versäumnisse im bürgerlichen Recht, Archiv für ziv. Praxis, Bd. 92.
Windscheid. Pandekten, bearbeitet von Kipp, Frankfurt a. M. 1900.
Zitelmann. Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines B. G. B. Berlin 1889.
Die Materialien zum B. G. B.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Einteilung

I. Einleitung.

II.

1. Die Verbotsgesetze im römischen und gemeinen Recht.
2. Die Bedeutung des § 134.
3. Die zivilrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte.
   a) Die Gebots- und Verbotsgesetze der Privatrechtsordnung.
   b) Verbot und Nichtigkeit.
   c) Verbot und Gültigkeit resp. Anfechtbarkeit.
4. Die öffentlichrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte.
5. Die Umgehungsgeschäfte.

I. Einleitung

I.

Die Voraussetzung dafür, dass die Rechtsordnung einem faktisch vorgenommenen Geschäfte rechtliche Wirkung beilegt, ist, dass dasselbe den von ihr aufgestellten Erfordernissen genügt. Dies ist der Fall, wenn das geschieht, was die Rechtsordnung positiv fordert, und das unterbleibt, was sie verbietet, m. a. W. wenn ihren Gebotsnormen entsprechend, ihren Verbotsnormen nicht entgegengehandelt wird.

Fehlt das eine oder das andere Erfordernis, so kommt der zwingende Charakter dieser Normen dadurch zum Ausdruck, dass die Rechtsordnung den betreffenden Handlungen jede rechtliche Wirksamkeit benimmt resp. ihre Wirkung schmälert.

Dieser zwingende Charakter wohnt nicht nur den Verbotsnormen der Privatrechtsordnung, sondern auch den öffentlichrechtlichen Verbotsgesetzen inne. In der Art jedoch, wie sie auf den Bestand eines Rechtsgeschäfts einwirken, zeigen die beiden Verbotsarten grundlegende Verschiedenheiten.

Diese Verschiedenheit ist eng verknüpft mit der Eigenart der beiden Verbotsarten beigelegten Sanktionen.

Trennt man bei den Rechtsgeschäften die äussere Handlung, die Tatseite, von der rechtlichen Seite, dem Streben nach Rechtswirkungen, so lässt eine aufmerksame Betrachtung erkennen, dass die Sanktionen der öffentlichen, besonders der Strafverbote sich mehr gegen das erste Moment, die Tatseite, die Zivilverbote hingegen sich mehr gegen die rechtliche Seite der Rechtsgeschäfte richten.

Daraus ergiebt sich, dass ihre beiderseitigen Beziehungen zum verbotswidrigen Geschäfte nicht die gleichen sein können. Dies ist der Grund, warum in folgendem die Verbote der Privatrechtsordnung und die der öffentlichen Rechtsordnung getrennt behandelt worden sind.

II.

Die Verbotsgesetze im römischen und gemeinsamen Recht.

Das römische Recht unterschied, wie einem Ausspruche Ulpian's und Macrobius' zu entnehmen ist, je nach der Sanktion, welche sich an ihre Nichtbeachtung knüpfte, drei Arten von Verbotsgesetzen, nämlich leges perfectae, imperfectae und minus quam perfectae.

Die „leges minus quam perfectae", deren Definition Ulpian [1]) gibt mit den Worten: minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit, sind reine Poenalgesetze, d. h. solche, welche eine Rechtshandlung zwar verbieten, dieselbe aber, wenn sie trotzdem vorgenommen wird, nicht für unwirksam erklären, sondern nur mit Strafe belegen.

Von den „leges imperfectae" sagt Macrobius: inter leges illa imperfecta dicitur, in qua nulla deviantibus poena sancitur [2]). Diese Art von Gesetzen lässt die verbotswidrigen Rechtshandlungen ungestraft; ein Verstoss gegen sie hat auch keinerlei zivilrechtliche Wirkungen zur Folge. Die Beobachtung solcher Gesetze beruht auf dem Ansehen, dessen sich der Gesetzesbefehl erfreut, hat daher nur instruktionellen Charakter, da das gegebene Verbot durch keinen rechtlichen Zwang geschützt ist.

---

[1]) Ulp. lib. sing. reg. princ. § 2.

[2]) Kom. zu Cicero: somnium Scipionis II, 17. § 13.

Während für die beiden bisher besprochenen Arten der Verbotsgesetze Gültigkeit der verbotenen Handlung charakteristisch ist, erklären im Gegensatz hierzu die „leges perfectae“ das verbotswidrige Geschäft für unwirksam und verschaffen hierdurch dieser Gesetzesart die höchste zivilrechtliche Sicherung.

Gesetze, deren Uebertretung sowohl Strafe wie Nichtigkeit nach sich zieht, hat man späterhin als „leges plus quam perfectae“ bezeichnet.

In dieses System der Einteilung der Rechtsnormen nach der Sanktion griff die Kaiserkonstitution Theodosius' II aus dem Jahre 439, die von Justinian als lex 5 de leg. I. 14 in den Kodex aufgenommen wurde, ein und liess dem bestehenden Zustande eine durchgreifende Aenderung widerfahren. Diese lex besagte ein Doppeltes:

1. Jedes gegen ein gesetzliches Verbot verstossende Rechtsgeschäft ist nichtig, gleichwohl, ob diese Wirkung ausdrücklich hervorgehoben ist oder nicht.

2. Ein Rechtsgeschäft erscheint nicht nur dann als gesetzwidrig, wenn dasselbe gegen den ausdrücklichen Wortlaut des Verbotes verstösst, sondern auch dann, wenn es auf Umwegen das zu erreichen sucht, wogegen das Gesetz mit seinem Verbot ankämpft.

Die grosse Bedeutung, die man der Const. Theod. beimass, hatte zur Folge, dass die Unterscheidung der Gesetze nach ihrer verschieden wirkenden Sanktion fallen gelassen und jedem Verbotsgesetz ausnahmslos der Charakter einer „lex perfecta“ beigelegt wurde.

Die Doktrin der absoluten Unwirksamkeit eines verbotswidrigen Geschäftes verschaffte sich auch im gemeinen Rechte weitgehendste Anerkennung, so dass sich auch die obersten Gerichtshöfe diesem Prinzip

unbedingter Nichtigkeit anschlossen und ohne Einschränkung jedes Verbotsgesetz zu einer lex perfecta erhoben [1]).

Dieser Auffassung trat W. Endemann in seiner Schrift: „Ueber die zivilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht" entgegen.

Davon ausgehend, dass die Justinianeischen Gesetze nicht in ihrer Gesamtheit, sondern nur soweit sie gewohnheitsrechtlich rezipiert wurden, gemeines Recht geworden sind, weist er nach, dass die Glossatoren niemals geneigt waren, die Const. Theod. unbedingt anzuerkennen, vielmehr den in ihr ausgesprochenen Grundsatz absoluter Nichtigkeit der verbotswidrigen Geschäfte nur im Zweifel zur Anwendung kommen lassen wollten; dass m. a. W. die Const. Theod. keineswegs eine von der Nichtigkeit abweichende Verbotssanktion ausschliesse.

Auf die Const. Theod. selbst eingehend, lässt ihr Endemann eine scharfe Kritik widerfahren. Er zeigt, dass sie im vollsten Sinn ein Gelegenheitsgesetz sei, an die der Kaiser eine allgemeine Verordnung über die Beachtung der Verbotsgesetze überhaupt knüpfte. Trotz dieser wenig sorgfältigen Verallgemeinerung könnten aber weder Theodosius noch Justinian daran gedacht haben, vorzuschreiben, dass jedes Verbotsgesetz die Nichtigkeit des trotzdem abgeschlossenen Rechtsgeschäftes bewirken sollte; denn ein solches Gesetz würde sich in dieser verallgemeinerten Form mit den Verbotsgesetzen des Codex in Widerspruch gesetzt haben, da diese das unerlaubte Geschäft keineswegs immer vernichten, sondern es ungeachtet der Uebertretung des Verbots als gültig anerkennen.

---

[1]) Vergl. Entsch. des R. G. Bd. 16. S. 106. Bd. 17. S. 300.

Eine Anzahl Schriftsteller stellte sich auf die Seite der Glossatoren und verfocht die Ansicht, dass das Prinzip absoluter Nichtigkeit subsidiär zur Anwendung kommen solle, m. a. W. dass die Const. Theod. nur eine Auslegungsregel bedeute [1]).

Diese Doktrin war jedoch im Verhältnis zur ersten, welche die unbedingte Nichtigkeit verbotswidriger Geschäfte vertrat, von untergeordneter Bedeutung, da die Praxis die Interpretationsregel der Const. Theod. für formal zwingend erklärte.

Man war über diese Frage zur Zeit der Kodifikation des B. G. B. noch zu keiner Einigung gelangt.

---

[1]) Dernburg, Pandekten Bd. I., S. 68.

2. Die Bedeutung des § 134 B. G. B.

Als die Gesetzgebungskommission an die Abfassung des B. G. B. heranging, war sie bei der Regelung der Frage, betreffend Wirkung der Verbotsgesetze, der Ansicht, dass die Nichtigkeit die regelmässige Folge der Uebertretung dieser Gesetze sei und legte diese Meinung im Entwurf I § 105 in folgender Weise nieder:

„Ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch Gesetz verboten ist, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergiebt.“

Der Vorbehalt sollte alle Ausnahmen von der Nichtigkeit umfassen, die notwendig gemacht werden mussten.

In den Mot. I. 210 erfährt § 105 folgende Begründung:

„Die Streitfrage des gemeinen Rechts, ob, wenn ein Gesetz die Vornahme eines Rechtsgeschäfts verbietet bezw. mit Strafe belegt, ohne die Nichtigkeit desselben auszusprechen, das dem Verbote zuwider vorgenommene Rechtsgeschäft der Regel nach nichtig sei, ist von der herrschenden Meinung schon bisher mit Recht in bejahendem Sinne entschieden worden. Die Ausnahmen sind durch den der Vorschrift beigefügten, der gegenteiligen Absicht des Gesetzes Rechnung tragenden Vorbehalt gedeckt“.

Bei Bekanntwerden des Entwurfs in der Oeffentlichkeit wurde unter anderen Bedenken besonders dieses laut, dass der Umfang der ausgesprochenen

Regel zu eng sei; denn dadurch, dass die Nichtigkeit nur für diejenigen Rechtsgeschäfte ausgesprochen werde, deren Vornahme durch Gesetz verboten sei, bleibe eine Reihe von Verbotsgesetzen ausser Betracht, welche sich nicht sowohl gegen die Vornahme, als gegen die Leistung aus einem vorgenommenen Rechtsgeschäfte richten [1]).

Um ausser Zweifel zu setzen, dass auch solche Rechtsgeschäfte von der Folge der Nichtigkeit betroffen würden, bei denen das Verbot sich dem Wortlaute nach nicht gegen die Vornahme, sondern gegen den Inhalt des Rechtsgeschäftes richtet, insbesondere auch solche, welche auf eine durch Gesetz verbotene Leistung gerichtet sind, wurde E. I. § 105, wo nur von einem Rechtsgeschäfte, „dessen Vornahme durch das Gesetz verboten ist", gesprochen war, durch die zweite Kommission entsprechend umgeändert und zwar in der Weise wie jetzt der § 134 B. G. B. lautet, (Prot. I. 123 ff.).

Aus den Motiven und der Entstehungsgeschichte des § 134 B. G. B. geht hervor:

1. Dass die Vorschrift die Rechtswirkungen sämtlicher inländischen Verbotsgesetze umfasst, gleichgültig, ob es reichs- oder landesrechtliche Verbotsgesetze sind, gleichgültig ob sie der Privatrechtsordnung oder der öffentlichen Rechtsordnung angehören,

2. dass die Vorschrift in Kraft tritt, ob nun das Verbot gegen die Vornahme, den Inhalt des Rechtsgeschäfts oder die Leistung daraus gerichtet ist.

Dies ist nicht unwichtig aus dem Grunde, weil nicht immer das Verbot der Vornahme eines Rechts-

---

[1]) Hachenburg, Gutachten a. d. Rechtsanwaltstande S. 111.

geschäfts mit dem Verbote seines Inhalts zusammenfällt. So ist z. B. zwar die Vornahme eines Rechtsgeschäfts an Sonn- und Feiertagen entgegen den Bestimmungen der §§ 41 a, 146 a G. O. verboten, während sowohl der Inhalt als auch die Leistung aus solchen Rechtsgeschäften durchaus nichts verbotswidriges an sich haben.

3. Von der Regel des § 134 B. G. B. werden auch alle Umgehungsgeschäfte mit betroffen, wenn ihr Abschluss oder Inhalt einem gesetzlichen Verbote zuwiderläuft; die zweite Kommission hat es ausdrücklich abgelehnt, dies noch mehr hervorzuheben, als in der (gegenüber E I § 105) erweiterten Fassung des § 134 geschieht und zwar aus dem Grunde, um die Auslegung des Richters nicht zu sehr einzuengen.

4. Im § 134 ist nur von „gesetzlichen" Verboten die Rede. Dass darunter auch die „richterlichen" Verbote zu verstehen sind, geht aus den Mot. I, S. 212 hervor, wo in Bezug auf die Veräusserungsverbote gesagt ist: Die Unterscheidung zwischen gesetzlichen und richterlichen Veräusserungsverboten sei „überhaupt mehr äusserer Natur; mittelbar beruhe auch das richterliche Veräusserungsverbot auf Gesetz". Dies wird durch § 136 B. G. B., der das richterliche Veräusserungsverbot dem gesetzlichen — wenigstens den sog. relativen Veräusserungsverboten des § 135 — gleichgestellt, bestätigt.

5. Besonders wichtig ist der in § 134 gemachte Vorbehalt: „wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt". Dieser Vorbehalt soll, wie bereits erwähnt, alle die Fälle umfassen, in denen verbotswidrige Rechtsgeschäfte nicht unwirksam sind.

Diesem Vorbehalte ist der Vorwurf, zu allgemein gehalten zu sein, gemacht worden. Es frägt sich nun,

welches der Sinn desselben ist, und ob er alle diese Fälle deckt.

Ist es erforderlich, dass die „andere“ Rechtsfolge sich ausdrücklich aus den Worten des Gesetzes ergiebt oder genügt es, dass sie aus inneren Gründen, aus der Tendenz des Gesetzes, als gewollt zu entnehmen ist?

Vom Standpunkt der für das gemeine Recht vertretenen Ansicht, die starr an dem Wortlaute der Const. Theod. festhielt, erklärt das Reichsgericht [1]), dass man „in Uebereinstimmung mit dem römischen Recht den Grundsatz anerkennen müsse, dass die einem Verbotsgesetze zuwiderlaufenden Rechtsgeschäfte, sofern nicht in dem betreffenden Gesetz andere Folgen der Uebertretnng festgesetzt sind, nichtig sind“. Die Motive zum B. G. B. halten diese Ansicht für die richtige.

Danach könnte eine Festsetzung der „anderen“ Folgen nur durch ausdrückliche gesetzliche Bestimmung geschehen, und es wären die verbotswidrigen Geschäfte überall da nichtig, wo dies unterblieben ist.

Dieser Satz, den das Reichsgericht gleichmässig für privatrechtliche wie öffentlichrechtliche Verbotsgesetze ausspricht, ist wegen dieser Verallgemeinerung unzutreffend. Er könnte nur unter zwei Voraussetzungen als richtig anerkennt werden.

Einmal, wenn alle Verbotsgesetze, die des öffentlichen Rechts mit einbegriffen, ihrer Natur nach immer die Nichtigkeit des verbotswidrigen Geschäftes verlangten. Diesem Satz, der besonders von Weber und Glück ohne jede Einschränkung aufgestellt wurde, trat Endemann in seiner vorzitierten Schrift entgegen. Er sagt: „Hat das Verbotsgesetz nichts ausdrücklich fest-

---

[1]) R. G. E. Bd. 16, S. 106. Bd. 17. S. 300.

gestellt über seine materiellrechtliche Bedeutung, so vermag nur auf die Prüfung jedes einzelnen Gesetzes hingewiesen werden. — Entscheidend ist die strenge Betonung des Grundsatzes: Aus dem Verbot allein ist gar nichts zu entnehmen. Weil dies Rechtsgeschäft verboten ist, so ist es nichtig: Das ist eine Forderung, die nicht nur in ihrer Allgemeinheit unzutreffend, sondern auch unlogisch ist“ [1]).

Der Ansicht Endemann's, dass sich aus der Natur der Verbotsgesetze nicht unbedingt die Nichtigkeit als Sanktion des Verbotsgesetzes ergibt, ist, wenn wir von den privatrechtlichen Verboten absehen, vollauf beizustimmen. Es zeigt sich dies besonders bei den Strafverboten, denen meistenteils keine civilrechtliche Sanktion beigegeben ist. Bei diesen werden wir Gelegenheit haben zu sehen, dass Geschäfte, die gegen sie verstossen, trotz des Verbots zum grossen Teil ihre Gültigkeit bewahren.

Der Grundsatz absoluter Nichtigkeit der verbotswidrigen Geschäfte liesse sich auch dann noch verfechten, wenn die Rechtsordnung ihren Willen, eine von der Nichtigkeit abweichende Sanktion zu erteilen, auch jedesmal ausdrücklich zur Geltung brächte. Die moderne Gesetzgebung lässt zwar bei den privatrechtlichen Verbotsgesetzen ein solches Streben erkennen. Die Fälle, in denen es tatsächlich geschehen ist, sind jedoch verhältnismässig gering zu nennen. Bei den öffentlichrechtlichen Verbotsnormen ist ein solches Streben überhaupt nicht vorhanden.

Nun umfasst aber § 134 sowohl die privatrechtlichen als auch öffentlich rechtlichen Verbotsgesetze, und wäre, falls die „andern“ Rechtswirkungen im

---

[1]) Wirkung S. 124.

Gesetz ausdrücklich hervorgehoben sein müssten, Nichtigkeit viel öfters die Folge verbotswidriger Geschäfte, als es im Willen der Rechtsordnung und der Natur der Verbotsgesetze liegt.

Wir glauben daher nicht, dass der Vorbehalt des § 134, dessen Fassung wir nicht für besonders glücklich halten können, eine ausdrückliche Erwähnung der „anderen“ Rechtswirkung verlangt; vielmehr kann da, wo das Gesetz nichts statuiert hat, auch aus der Tendenz und aus dem oft nur durch eingehende wissenschaftliche Untersuchung zu ermittelnden Sinne des Gesetzes sich ein „anderes“ ergeben.

Die Unbestimmtheit des Schlusssatzes, an der die Vorschrift des § 134 leidet, veranlasst Bähr in der kritischen Vierteljahrsschrift, Band 31, S. 317, zu folgender Kritik: „Muss sich das „andere“ ausdrücklich aus dem Gesetze ergeben? Dann ist die Vorschrift unnötig. Soll das „andere“ aus der ganzen Sachlage geschlossen werden? Dann ist die Vorschrift nichtssagend. Es liegt auf der Hand, welch dürftige Grundlage ein solch abstrakter Satz für unsere zukünftige Rechtsprechung sein wird“.

Aehnlich urteilt Kuhlenbeck [1]).

[1]) Von den Pandekten zum B. G. B. I. S. 29.

3. Die zivilrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte.

a) *Die Gebots- und Verbotsgesetze der Privatrechtsordnung.*

Im folgenden werden wir, um der prinzipiellen Verschiedenheit beider Verbotsarten Rechnung zu tragen, die privatrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte von den öffentlichrechtlich verbotenen auseinanderhalten und uns zunächst vornehmlich auf erstere beschränken.

Der § 134 hat zwischen diesen beiden Verbotsarten keinen Unterschied gemacht. Der Grund hierfür mag in den wenig zahlreichen beiderseitigen Berührungspunkten liegen, die es dem Gesetzgeber nicht erlaubt haben würden, bei Berücksichtigung beider Verbotsarten eine allgemeine, brauchbare Regel aufzustellen.

Bevor wir zur Beantwortung der Frage nach dem Wesen des privatrechtlichen Verbots schreiten, müssen wir einige einleitende Betrachtungen vorausschicken. Unser bürgerlicher Verkehr wird beherrscht von dem Grundsatz, die Regelung der Privatrechtsverhältnisse dem einzelnen zu überlassen. Nur insofern nimmt die Rechtsordnung an der Regelung dieser Verhältnisse Anteil, als sie einerseits für die im Verkehr prägnant auftretenden Rechtsgeschäfte eine dem rechtlichen Empfinden entsprechende Normierung gibt, andererseits die Willkür des Einzelnen begrenzt resp. einem Missbrauch der Vertragsfreiheit entgegentritt. Diese

Aufgabe fällt den Gebots- und Verbotsgesetzen zu. Von diesen bringen uns jedoch weder die einen noch die andern ihren befehlenden Charakter immer zum Ausdruck, vielmehr treten sie meist nur in der Form einer Belehrung auf, darüber, wann eine Handlung rechtswirksam ist oder nicht. Man kam daher dazu die Existenz und die Bedeutung dieses Gegensatzes in Abrede zu stellen. So meint Savigny [1]) „sie seien beide in gleicher Weise als zwingende Voraussetzung der Rechtsgültigkeit eines Rechtsgeschäftes anzusehen und könnten höchstens rein äusserlich, aber ohne praktischen Wert, nach ihrer positiven und negativen Form auseinander gehalten werden“.

Endemann dagegen macht eine Unterscheidung zwischen Gebots- und Verbotsgesetzen [2]). Er hebt hervor, dass beide Gesetzesarten dazu dienen sollen, die Verkehrsfreiheit einzuschränken und sagt dann: „Die Gebotsgesetze sind von der Rechtsordnung gesetzte zwingende Erfordernisse, die sagen: Nur diejenigen Verkehrshandlungen erkenne ich als Rechtsgeschäfte an, welche den hierdurch gegebenen Voraussetzungen entsprechen. Auf der andern Seite bedient sich die Rechtsordnung des Mittels des zivilrechtlichen Verbots“; und weiter: „Zu den Gebotsgesetzen sind alle diejenigen zu rechnen, welche die begrifflichen Voraussetzungen der Rechtsgeschäfte, deren Wirkung und Bestand, kurz den positiven Inhalt der Rechtsordnung feststellen“.

Es hat danach den Anschein, als ob die Gebots- und Verbotsgesetze danach unterschieden werden sollen, ob eine Rechtsnorm positiv einschreitet und nur bei

---

[1]) System, Bd. I., S. 54.

[2]) Wirk. S. 75 und 76.

Erfüllung bestimmter Erfordernisse gewisse Rechtswirkungen eintreten lässt, oder ob eine Rechtsnorm negativ einschreitet und ein bestimmtes Begehren einfach nicht anerkennt.

Linckelmann[1]) kommt zu einem ähnlichen Resultate wie Endemann. Er charakterisiert die Gebotsgesetze als „die Voraussetzungen, an deren Eintritt der Erwerb oder Verlust von Rechten sich knüpft. Wenn in einem gegebenen Falle die gesetzlichen Voraussetzungen der Entstehung oder des Untergangs eines Rechtes nicht gewahrt sind, so ereignet sich weiter nichts, als was selbstverständlich ist, dass nämlich die gewollte rechtliche Wirkung nicht eintritt. Der Nichteintritt beruht aber dann nicht auf einer Verletzung, sondern auf der Nichterfüllung einer gesetzlichen Vorschrift“. Die Verbotsgesetze stellt er als solche den Gebotsgesetzen einfach gegenüber. Den materiellrechtlichen Unterschied zwischen Gebots- und Verbotsgesetzen sieht Linckelmann darin, dass das Gebotsgesetz, anders als das Verbotsgesetz mit Notwendigkeit die Nichtigkeit des widersprechenden Rechtsgeschäfts bewirkt.

Die von Endemann konstruierte Unterscheidung könnte man als richtig anerkennen, wenn sie in der Rechtsordnung ihre Begründung resp. Bestätigung fände. Es wäre dies der Fall, wenn den gesetzlichen Geboten, denen wir begegnen — es sind dies besonders die §§ 134, 309, 817, 819, 2171 B. G. B. — die Endemann'sche Unterscheidung zu Grunde läge, wenn m. a. W. die gesetzlichen Verbote dieser §§ sich auch mit den Endemann'schen Verboten deckten und nicht auch auf die Gebotsgesetze seiner Unterscheidung mit Bezug hätten.

---

[1]) Sicherungsübereignungen, Seite 217.

Wir können uns nicht davon überzeugen, dass besagte Unterscheidung begründet ist. Betrachten wir nur den § 1303, der für die Ehemündigkeit ein bestimmtes Alter festsetzt. Ist für das Gebotsgesetz die Tatsache entscheidend, ob die betreffende Rechtsnorm ein positives Erfordernis setzt, dann liegt hier ein Gebotsgesetz vor. Trotzdem ist diese Vorschrift eine lex imperfecta.

Das positive Erfordernis ist bei dieser Bestimmung genau so gut vorhanden, wie bei den Vorschriften der §§ 107 und 854 B. G. B., die allgemein zu den Gebotsgesetzen gerechnet werden. Die Rechtswirkungen des § 1303 werden sonach nach § 134 zu beurteilen und ihre Wirksamkeit aus dem Vorbehalt der betreffenden Norm abzuleiten sein. Wenn dem aber so ist, dann gehört jener § trotz seines positiven Erfordernisses zu den „gesetzlichen Verboten" im Sinne der Privatrechtsordnung.

Daraus geht zur Genüge hervor, dass eine Unterscheidung der Gebots- und Verbotsgesetze nach dem positiven oder negativen Charakter der einzelnen Rechtsnorm rechtlich nicht begründet ist. Eine solche Unterscheidung hätte übrigens auch materiellrechtlich keine Bedeutung, da sie uns wohl zeigt, dass die Rechtsordnung der Parteiwillkür in zweifacher Art begegnen kann, für eine Betrachtung der Gebots- und Verbotsnormen in ihren Beziehungen zu den widerstreitenden Rechtsgeschäften jedoch vollkommen wertlos ist.

Unseres Erachtens dürfte sich der Unterschied zwischen privatrechtlichen Verbots- und Gebotsgesetzen aus den gesetzlichen Bestimmungen selbst ergeben, in denen die Rechtsordnung von den „gesetzlichen Verboten" handelt. Sowohl in dem § 309 verglichen mit

den §§ 307 und 308, als auch in dem § 817, 819, 2171 B. G. B. spricht das Gesetz von verbotenen „Leistungen". Daraus folgt, dass zu den gesetzlichen Verboten alle diejenigen Rechtsnormen zu zählen sind, welche in irgend einer Art gegen eine bestimmte Leistung oder gegen ein bestimmtes rechtsgeschäftliches Begehren gerichtet sind.

Zu den Gebotsgesetzen sind danach alle diejenigen zu rechnen, welche mit dem rechtsgeschäftlichen Begehren selbst nichts zu tun haben. In einem rechtlichen Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen Begehren steht aber nur die rechtsgeschäftliche Form. Gebotsgesetze liegen demnach vor, wenn die Privatrechtsordnung von einem rechtsgeschäftlichen Begehren verlangt, es möge sich in einer bestimmten Art und Weise äussern. Daraus ergiebt sich, dass der Inhalt der Gebotsgesetze stets ein positiver ist, dass aber nicht umgekehrt positive Erfordernisse stets Gebotsgesetze darstellen.

Bei dieser Unterscheidung gelangt man zu anderen Resultaten als Endemann. Wir sehen sofort, dass von den §§ 1303 und 854, 107 B. G. B., trotz ihrer äusseren Gleichartigkeiten, der erste zu den Verbots-, die letzteren beiden zu den Gebotsgesetzen zu rechnen sind. Der § 1303 schliesst ein gewisses rechtsgeschäftliches Begehren aus. Der Rechtsordnung ist es darum zu tun, die Ehe unreifer Personen zu verhindern; daher ist es das Resultat selbst, gegen das sie vorgeht. Der § 854 hingegen setzt lediglich ein gewisses Erfordernis fest, dem der Besitz zu genügen hat, um rechtlichen Schutz und Anerkennung zu finden. So ist nach § 107 die Willenserklärung des Minderjährigen, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, nur dann rechtlich wirksam, wenn

der gesetzliche Vertreter seine Einwilligung dazu erteilt hat.

Der Unterschied zwischen Gebots- und Verbotsgesetzen dürfte sonach auf einer Trennung des rechtsgeschäftlichen Inhalts von der rechtsgeschäftlichen Form beruhen.

Durch die Gebotsgesetze werden die Erfordernisse festgelegt, denen die Rechtsgeschäfte genügen müssen, um rechtliche Anerkennung und Wirksamkeit zu erlangen.

In diesem Sinne wird auch Endemanns Definition der Gebotsgesetze zu verstehen sein: „Gebotsgesetze sind diejenigen, welche die Tatbestandsmerkmale festlegen, von deren Erfüllung die begehrte Rechtsfolge oder die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts abhängt[1])".

Verbotsgesetze dagegen wollen einen bestimmten materiellen Erfolg verhindern und wollen daher, dass solche Geschäfte, die einen verpönten Erfolg anstreben, gar nicht erst vorgenommen werden.

Aus dieser Unterscheidung ergibt sich auch die materiellrechtliche Bedeutung der Gebots- und Verbotsnormen. Diejenigen Rechtshandlungen, welche den notwendigen, gesetzlichen Erfordernissen, den Gebotsgesetzen, nicht entsprechen, sind im Werdeprozess stehen gebliebene, rechtlich unfertige Rechtsakte, sie werden daher regelmässig, da sie rechtlich nicht zur Entstehung gelangt sind, keine Rechtswirkung ausüben. Die Verbotsgesetze hingegen werden erst dann tätig, wenn ein Rechtsgeschäft vorliegt, das den Geboten der Privatrechtsordnung bereits entsprochen hat. Das rechtliche Begehren ist in diesem Falle so vollkommen, dass es durchaus imstande ist, Rechtswir-

[1]) Endemann, B. G. B. Bd. I., S. 41.

kungen zu erzeugen. Da, wo solche aus bestimmten Gründen nicht eintreten sollen, greifen die Verbotsgesetze ein. Bei diesem Eingriff bleibt der Privatrechtsordnung die Wahl, ob sie Nichtigkeit statuieren oder nur eine abgeschwächte Wirkung eintreten lassen will. Die Einteilung der zwingenden Rechtsnormen in leges perfectae, imperfectae und minus quam perfectae passt daher im vollen Sinne nur für die zivilrechtlichen Verbotsgesetze [1]).

Schliesslich geht aus unserer Unterscheidung noch hervor, dass die Einteilung der zwingenden Normen in Gebots- und Verbotsgesetze nur innerhalb der Grenzen der Privatrechtsordnung Bedeutung haben kann.

Nur die Privatrechtsordnung sagt, wie ein rechtliches Begehren geäussert werden muss, um rechtliche Wirkungen zu erzielen. Die öffentlichrechtlichen Gesetze begnügen sich damit zu sagen, wann ein Rechtsgeschäft nicht vorgenommen werden darf und sind daher Verbotsgesetze, soweit sie auf privatrechtliche Geschäfte Bezug haben.

---

[1]) Endemann, Wirk. S. 90, 91.

b) Verbot und Nichtigkeit.

Die Frage, welches die Folge ist, wenn ein Rechtsgeschäft einem Verbotsgesetz der Privatrechtsordnung entgegenhandelt, ohne dass von dieser eine ausdrückliche Sanktion ausgesprochen ist, beantworten wir dahin, dass regelmässig Nichtigkeit vorliegt, und dass eine andere Folge sich als auf besonderer Sanktion beruhende Ausnahme darstellt.

Die Ansicht von Endemann über die Frage nach der Wirksamkeit verbotswidriger Geschäfte, — dass da, wo eine Sanktion nicht ausdrücklich angegeben sei, „auf Grund und Zweck des einzelnen Verbots“ zurückgegangen und so dessen Wirkung festgestellt werden müsse — unterscheidet nicht zwischen privatrechtlichen und öffentlich rechtlichen Verbotsgesetzen und nimmt auf die ersteren und ihre Eigenart nicht genügende Rücksicht.

Wir haben gesehen, dass es vollständig im Belieben der Privatrechtsordnung steht, den ihr missliebigen Rechtshandlungen — soweit zivilrechtliche Wirksamkeit für sie erstrebt wird — die Anerkennung zu versagen.

Die Rechtsordnung wird sonach, in Ausführung der ihr zufallenden Aufgabe, jedes Unrecht nach Kräften zu verhüten, bestrebt sein, alle verbotswidrigen Geschäfte zu nichtigen zu machen. Daher dürfte auch die Nichtigkeitssanktion die natürliche und ursprüngliche sein.

Wenn Endemann weiter sagt: „Die Frage muss also die sein: Ist das vorliegende Rechtsgeschäft derart als rechtswidrig anzusehen, dass das Verbot,

welches dieses Geschäft trifft, seine Vernichtung bewirken will und muss“ [1]), so können wir dem nicht beipflichten; denn dieser Satz würde auf privatrechtliche Verbote angewandt das eigentümliche Ergebnis haben, dass die Rechtsordnung ihre Sanktionen danach bemisst, ob ein rechtsgeschäftliches Handeln schwer oder weniger schwer gegen die Grundsätze der bürgerlichen Rechtsordnung verstösst. Einen Beleg hierfür haben wir im Laufe unserer Untersuchungen nirgends finden können.

Uns scheint vielmehr die Feststellung, dass ein Rechtsgeschäft der Privatrechtsordnung missfällt, vollkommen zu genügen, um demselben jede Wirkung zu entziehen. Erst wenn die Nichtigkeit infolge des Hinzutretens anderer Umstände — auf die wir noch näher eingehen werden — nicht möglich ist, wird es die Aufgabe der Rechtsordnung sein, vom Standpunkte ausgleichender Gerechtigkeit aus, den einen Uebergriff schwerer, den andern leichter zu ahnden. Der Wille, die verbotenen Rechsgeschäfte auszuschliessen, ist jedoch überall vorhanden, nur ist die Möglichkeit, diesen Willen zu verwirklichen, durch widerstreitende Interessen oft gehemmt. — Die von der Nichtigkeit abweichenden Sanktionen stellen demnach stets Ausnahmesanktionen dar, die von der Privatrechtsordnung da, wo sie zur Anwendung kommen sollen, jedesmal ausdrücklich erkennbar gemacht werden. Wo ein solches Abweichen von der Nichtigkeit nicht ausdrücklich gestattet ist, muss angenommen werden, dass diese Rücksichten nicht genommen werden sollen und es bei der Nichtigkeit verbleibt.

Dass dieser Ausnahmewille ausdrücklich hervor-

---

[1]) Wirkungen S. 124.

gehoben werden müsse, bestätigt uns u. a. der Werdegang der §§ 226 und 278 H. G. B. Der Art. 215 des Gesetzes vom 11. Juni 1870 — betr. die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften — hatte entgegen dem § 226 H. G. B. die Bestimmung getroffen, dass diese Gesellschaften eigene Aktien nicht erwerben „dürfen", und entgegen dem § 278 H. G. B. sagt Art. 215 a. H. G. B., dass eine Erhöhung des Grundkapitals vor dessen völliger Einzahlung nicht erfolgen „dürfe".

In beiden Fällen entschied das R. O. H. G. [1]), dass jede Zuwiderhandlung die Nichtigkeit des betreffenden Geschäftes zur Folge haben solle. Das R. O. H. G. ging, obwohl ihm die Nachteile jener Judikatur nicht unbekannt waren, von ihr nicht früher ab, als bis die Gesetzgebung eingriff und dadurch, dass sie in den §§ 226 und 276 die Wendung „darf nicht" durch „soll nicht" ersetzte, die lex ausdrücklich zu einer lex perfecta stempelte.

Dass ein Abweichen von der Nichtigkeitssanktion ausdrücklich gestattet sein muss, erhellt ferner daraus, dass es keinen Fall gibt, wo eine andere Sanktion als Nichtigkeit getroffen ist, ohne dass dies ausdrücklich festgelegt worden wäre. Ausdrücklich benannt sind jedesmal die Fälle, wo Anfechtbarkeit, relative Nichtigkeit oder jede andere mildere Folge eintreten.

Wenn die Rechtsordnung bei den leges imperfectae nicht ausdrücklich sagt, dass die verbotswidrigen Geschäfte ihre Gültigkeit beibehalten, so zeigen doch die Wendungen, wie „soll nicht" oder „darf nicht" zur Genüge, dass das Gesetz sich dieser Art von Uebertretungen gegenüber indifferent verhalten will.

---

[1]) Bd. 18, S. 426

Schon daraus lässt sich entnehmen, dass der Auslegung eine etwas andere Aufgabe zufällt, als Endemann annimmt. Es handelt sich u. E. weniger um die Feststellung, ob eine andere als die Nichtigkeitssanktion sich „aus dem Grunde und dem Zweck“ des Verbotsgesetzes erkennen lässt, als vielmehr darum, ob überhaupt die Privatrechtsordnung eine andere Sanktion als Nichtigkeit festsetzt, und ob sie diese normgesetzlich ausgesprochen hat.

Wenden wir uns wieder zu der Bestimmung des § 134 B. G. B., so bestätigen uns die Worte des Vorbehaltes „aus dem Gesetz“, dass für die Zivilverbote Nichtigkeit dann die Folge verbotswidriger Geschäfte ist, wenn die Privatrechtsordnung die andere Sanktion nicht ausdrücklich festgelegt hat. — Im übrigen ist es durchaus nicht erforderlich, dass das Gesetz, aus dem sich ein anderes ergibt, mit dem verbietenden identisch ist; es ist keineswegs ausgeschlossen, dass die Gültigkeit des durch ein Gesetz verbotenen Geschäfts aus der Analogie eines andern Gesetzes abzuleiten ist.

Wir haben bereits erwähnt, dass da, wo die andere Rechtsfolge nicht ausdrücklich genannt ist, wir meinen die leges imperfectae, die Privatrechtsordnung durch die angewendeten termini technici die Sanktionslosigkeit dieser Gesetze genügend erkenntlich gemacht hat. Wenn es heisst, dass etwas nicht geschehen soll, so ist nur die Verpflichtung ausgedrückt, dasjenige zu unterlassen, was nicht geschehen soll; mit der Nichtbefolgung sind jedoch Beeinträchtigungen der Wirksamkeit nicht verbunden. So soll nach § 56 B. G. B. die Eintragung eines Vereins nur erfolgen, wenn die Zahl der Mitglieder mindestens sieben beträgt. Zu Vormündern sollen nach § 1781 nur solche Personen be-

stellt werden, die den im Paragraphen gestellten Erfordernissen genügen. Nach § 2237 sollen als Zeugen bei der Testamentserrichtung gewisse Personen nicht mitwirken. Geschieht es dennoch, so tritt nicht Nichtigkeit als Folge des betreffenden Rechtsaktes ein.

Der Rechtsakt, von dem gesagt wird, dass er „nicht“ geschehen „darf“, ist wirksam und zieht für denjenigen, der ihn der Vorschrift zuwider vorgenommen hat, nur andere Nachteile nach sich.

So bestimmt § 51, dass das Vereinsvermögen den Anfallberechtigten nicht vor dem Ablauf eines Jahres nach der Bekanntmachung der Auflösung des Vereins oder der Entziehung der Rechtsfähigkeit ausgeantwortet werden darf. Ein Zuwiderhandeln gegen diese Bestimmung zieht nicht Unwirksamkeit, sondern Verpflichtung zum Schadensersatz nach sich.

An dieser Terminologie ist indessen betr. des „darf nicht“ nicht so konsequent festgehalten worden, wie betreffs des „soll nicht“; diese Ausdrucksweise wird bisweilen auch da gebraucht, wo Unwirksamkeit der Rechtshandlung Folge des Zuwiderhandelns ist; jedoch wird in solchen Fällen die stärkere Wirkung ausdrücklich bestimmt; zu betonen ist, dass der gebrauchte Ausdruck dem klaren Gesetzesinhalt gegenüber Bedeutung nicht haben kann.

So hat z. B. ein Zuwiderhandeln gegen die Vorschrift des § 456 B. G. B., welcher nur von einem „darf nicht“ spricht, nach § 458 die Nichtigkeit des vorgenommenen Rechtsgeschäftes zur Folge, sofern nicht die Beteiligten ihre Zustimmung zu dem betreffenden Geschäft erteilen.

Nichtigkeit besteht auch da, wo die Rechtsordnung, ein Rechtsgeschäft verbietend, die Wendung „kann nicht“, „ist unwirksam, unzulässig“ gebraucht;

so kann nach § 225 die Verjährung durch Rechtsgeschäft, nach § 247 das Kündigungsrecht durch Vertrag weder ausgeschlossen noch erschwert werden, wenn ein höherer Zinzsatz als 6% vereinbart ist.

Gleiche Vorschrift geben die §§ 419_3, 619, 1019 für gewisse Abreden bei Vermögensübernahme, Dienstvertrag, Grunddienstbarkeiten.

Nach § 388 ist eine Erklärung, wenn sie unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung abgegeben wird, nach § 2000 die Bestimmung einer Inventarfrist unwirksam, wenn eine Nachlassverwaltung angeordnet oder der Nachlasskonkurs eröffnet wird.

Das B. G. B. begnügt sich jedoch nicht damit, durch seine Ausdrucksweise die Wirkung der verbotswidrigen Geschäfte festzusetzen, sondern es spricht in einer Reihe von Fällen die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit derselben ausdrücklich aus, so in den §§ 134, 248, 310, 312, 443, 723_3, 749_3, 1714_2 und 2302 B. G. B.

c) Verbot und Gültigkeit resp. Anfechtbarkeit.

Wir haben gesehen, dass die Rechtsordnung von der Regel, verbotswidrigen Geschäften die Wirksamkeit zu versagen, Ausnahmen macht. Dass dies ziemlich häufig geschieht, hat seinen Grund darin, dass die gesetzlichen Verbote die mannigfaltigsten Zwecke verfolgen. Es mögen erwähnt werden diejenigen, welche sich gegen die Unredlichkeit im Verkehr wenden, so die §§ 276_2, 419_3, 443, 476 B. G. B., § 181 K. O.; ferner diejenigen, welche die Ausbeutung der wirtschaftlich Schwachen durch die wirtschaftlich Stärkeren verhindern wollen, so die §§ 138_2, 247, 1229, 1714 B. G. B., § 63_2, 64 H. G. B. — Diejenigen ferner, welche den Schutz der Persönlichkeit bezwecken, so die §§ 310, 619, 749 und 2302 B. G. B. — Getrennt von den übrigen zu betrachten sind die absoluten, d. h. die im öffentlichen Interesse erlassenen Veräusserungsverbote, so die §§ 514, 717, 1059, 1092, 1408, 1658 B. G. B. Besonders zu erwähnen ist das Verbot unsittlicher Rechtsgeschäfte in § 138 B. G. B.

Die Verbote haben das gemeinsame Moment, dass sie grösstenteils gegen solche Rechtsgeschäfte gerichtet sind, deren Hintanhaltung im öffentlichen Interesse liegt. Ein durchschlagendes Prinzip, wann diese oder jene Sanktion Anwendung zu finden hat, lässt sich nach Endemann nicht aufstellen. Dort, wo das Verbotsgesetz die Nichtigkeit nicht ausdrücklich anordne, werde man eine mildere Sanktion da anzunehmen haben, wo die Nichtigkeit über das Bedürfnis hinausgehe und einen Rechtsnachteil verursachen würde,

zu welchem das zu schützende Gut in keinem angemessenen Verhältnisse stände.

Die Geschäfte, bei denen sich die Rechtsordnung mit einer geringeren Sanktion als der Nichtigkeit begnügt, zerfallen — wenn wir vorerst von den leges imperfectae absehen — in zwei Hauptgruppen: es sind einmal diejenigen Rechtsgeschäfte, welche die Rechtsordnung nur mit Rücksicht auf Privatinteressen missbilligt, dann diejenigen, die einem Akt arglistiger Täuschung oder Drohung ihre Entstehung verdanken.

Auf den ersten Blick erscheint es befremdend, dass die Rechtsordnung unter Missachtung der allgemeinen Interessen sich der Interessen des Einzelnen annimmt. Erklärlich wird diese Tatsache, wenn man bedenkt, dass bei jedem Rechtsgeschäft sowohl die Allgemeinheit als auch der einzelne ein Interesse hat. Die Allgemeinheit ist insofern interessiert, als sie es ja ist, welche das betreffende Geschäft, weil es ihr missfällt, durch Gesetz zu einem verbotenen macht. Der einzelne hat ein Interesse insofern, als er als Kontrahent die Rechtswirkungen seiner Handlung verwirklicht sehen möchte. Die Privatrechtsordnung wird jedoch nur dann ein Rechtsgeschäft im Interesse des einzelnen verbieten, wenn dieses Interesse auch mit dem der Allgemeinheit in Einklang zu bringen ist. Man wird wohl in diesem Falle von einem im Privatinteresse erlassenen Verbotsgesetz sprechen können.

Hingegen wird man von solchen verbotswidrigen Geschäften, welche derart missliebige Eigenschaften für die Allgemeinheit aufweisen, dass diese ein Interesse an ihrer Nichtgeltung hat, behaupten können, dass sie im öffentlichen Interesse verboten sind.

So ist zum z. B. das Wucherverbot im öffentlichen Interesse erlassen, da neben dem manchmal

grossen Interesse des Bewucherten die Allgemeinheit ein dominierendes Interesse daran hat, dass solche unsittlichen Geschäfte nicht vorgenommen werden.

In manchen Fällen richten sich die Verbotsgesetze der Privatrechtsordnung gegen solche Rechtsgeschäfte, an deren Zustandekommen der betreffende Interessent nicht unmittelbar beteiligt war. So, wenn Dritte, in deren Rechtssphäre ohne ihr Zutun eingegegriffen worden ist, einen Rechtsschutz ihrer Privatinteressen benötigen. Die Rechtsordnung tut dies jedoch nur in Ausnahmefällen, da sie im Allgemeinen der Ansicht huldigt, dass jeder für die Rechtsfolgen seiner Willensentschliessungen selbst einzustehen habe. Hier kommt vor allem die Gruppe der relativen Veräusserungsverbote in Betracht, die nicht im allgemeinen Interesse erlassen sind, sondern nur den Schutz einzelner Personen bezwecken. — Ebenso gehören hierher die §§ 29, 30 K. O., soweit sie Rechtshandlungen des Gemeinschuldners verbieten, welche die Konkursgläubiger benachteiligen. — Beispiele bilden auch die §§ 456 B. G. B. verglichen mit § 458, dann auch die §§ 50, 123, 130 H. G. B.

Diese Verbote bezwecken alle den Schutz bestimmter Personen. Darin liegt der Grund, warum ein Zuwiderhandeln gegen sie nicht die Nichtigkeit zur Folge hat. Da das Verbot nur zum Schutze eines Einzelnen erlassen ist, so hat nur dieser an der Gültigkeit oder Ungültigkeit des dagegen verstossenden Geschäfts ein Interesse. Nur diesem gegenüber braucht das Geschäft seiner Wirkung zu entbehren. Der Allgemeinheit gegenüber, die in dem Rechtsgeschäft kein ihr missfallendes Moment erblickt, ist dies nicht geboten.

Wollte daher die Privatrechtsordnung solche Ge-

schäfte stets mit absoluter Nichtigkeit belegen, so würde sie damit zweifellos zu weit gehen. Sie hat daher in richtiger Kenntnis der Sachlage diesen Geschäften nur den einzelnen gegenüber, nicht der Allgemeinheit die Gültigkeit versagt. — Die Uebertretung jener Verbote hat daher teils relative Nichtigkeit, teils ein Anfechtungsrecht zur Folge, teils wird die Wirksamkeit von der Zustimmung des Dritten abhängig gemacht, so z. B. § 456 vergl. mit § 458 B. G. B.

Wir kommen nun zu der zweiten Gruppe, bei der die Privatrechtsordnung für verbotswidriges Handeln eine mildere Sanktion als Nichtigkeit eintreten lässt. Es sind, wie oben erwähnt, die durch Täuschung oder Drohung verursachten Rechtsgeschäfte.

Trotzdem es im öffentlichen Interesse liegt, dass die Freiheit der Willensentschliessung nicht widerrechtlich beeinflusst wird, tritt hier dennoch nicht Nichtigkeit der auf diese Weise zustande gekommenen Rechtsgeschäfte ein. Die Rechtsordnung hat vielmehr den Betrogenen und Bedrohten nur ein Anfechtungsrecht verliehen, das nach § 123 B. G. B. an gewisse gesetzliche Beschränkungen geknüpft ist. Der Grund hiervon ist in folgendem zu suchen: Sehr oft ist der Betrüger und der Drohende als Kontrahent bei dem durch seinen Betrug und seine Drohung entstandenen Rechtsgeschäft nicht beteiligt, steht vielmehr dem abgeschlossenen Rechtsgeschäft fern. — Gibt nun der Getäuschte oder Bedrohte einem gutgläubigen Dritten gegenüber eine Willenserklärung ab, auf deren Gültigkeit der andere sich verlässt, so wäre es eine durch nichts gerechtfertigte Härte, wenn die Rechtsordnung dieses Rechtsgeschäft schlechtweg für nichtig erklärte. Sie erklärt daher, unter Hintansetzung der Gemeininteressen, diese Geschäfte für anfechtbar und macht es hierdurch

sowohl dem Bedrohten und Betrogenen als auch dem gutgläubigen Dritten möglich, das abgeschlossene Geschäft rückgängig zu machen.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich zwar, welche Gründe die Privatrechtsordnung veranlassen können, eine andere Sanktion als Nichtigkeit festzusetzen, nicht aber lässt sich daraus eine allgemeine Regel abstrahieren, wann die eine oder andere der milderen Sanktionen auszusprechen ist.

Beiden Gruppen ist gemein, dass einzelne Dritte an den Rechtsfolgen der verbotswidrigen Geschäfte interessiert sind. Während aber bei der ersten Gruppe, wo das Verbot zum Schutze des einzelnen Dritten erlassen wurde, von der Nichtigkeit abgesehen wird, weil einerseits den Interessen des Privaten auch mit einer milderen Sanktion genügt ist, anderseits die Allgemeinheit ein Interesse am Gültigbleiben solcher Geschäfte hat, ist bei der zweiten Gruppe die Allgemeinheit bestrebt, den betreffenden Geschäften jegliche Wirksamkeit zu nehmen, lässt sich aber davon nur durch Rücksichtnahme auf Privatinteressen abbringen. — Bemerkt sei, dass selbst innerhalb der beiden Gruppen die Sanktionen verschieden sind, und dass wir neben relativer Nichtigkeit und Anfechtbarkeit auch solche Geschäfte antreffen, deren Wirksamkeit von der Zustimmung des Interessierten abhängen.

Fragt man nach dem Grunde dieser Verschiedenheit in den Sanktionen, so kann man darauf nur antworten, dass sie so sehr auf Einzelerwägungen beruhen, dass ein allgemeiner Grundsatz für sie nicht aufgestellt werden kann.

Dies Resultat ergeben auch alle anderen Verbotsgesetze, die nicht zu jenen beiden vorerwähnten Gruppen gehören und eine mildere Sanktion als Nich-

tigkeit aufweisen. Warum die Rechtsordnung z. B. beim Verbot der aleatorischen Verträge, §§ 762—764 B. G. B., und der Heiratsvermittelung gegen Entgeld § 656 B. G. B, nur eine Naturobligation statuiert, lässt sich nur aus der Eigenart dieser Fälle erklären.

Es erübrigt sich uns noch, von denjenigen Verbotsgesetzen, welche die Rechtswirksamkeit der verbotswidrig vorgenommenen Rechtsgeschäfte überhaupt nicht beeinflussen, den sog. leges imperfectae zu sprechen. Den meisten leges imperfectae begegnen wir im Eherecht und speziell im Gebiete der impedimenta impedienta. Die Rechtsordnung zeigt dort das Bestreben, unter gewissen Umständen das Zustandekommen einer Ehe zu verhindern. Wird diese jedoch trotz des Verbots eingegangen, so lässt sie ihre Gültigkeit in vielen Fällen unangetastet. — Eine Erklärung findet diese Sanktion im hervorragenden Interesse, das die Gemeinordnung an der Erhaltung einer einmal vollzogenen Ehe hat. Sie durfte daher die Ehe mit anderen Rechtsgeschäften nicht auf gleiche Stufe stellen. Würde die Rechtsordnung schlechthin eine ihrem Gebote nicht entsprechende Ehe für nichtig erklären, so würde sie weit über das Ziel hinausschiessen. Sie bringt daher ihr Missfallen gegenüber gewisser Ehen nur dadurch zum Ausdruck, dass sie den Standesbeamten anweist, seine Mitwirkung zum Abschluss einer solchen Ehe zu versagen, wodurch im allgemeinen genügende Vorsorge getroffen ist, dass ihr Wille Beachtung findet.

Die Rechtsordnung bedient sich jedoch noch anderer Mittel, um den leges imperfectae die nötige Achtung zu sichern. Sie knüpft an die Nichtbeachtung ihrer Verbote gewisse Nachteile, nämlich Verpflichtung zum Schadenersatz oder Strafe. So z. B. bestimmt

§ 1805 B. G. B., dass der Vormund Vermögen des Mündels nicht für sich verwenden darf. Tut er es dennoch, so hat er bei Verwendung von Geld Zinsen von der Zeit der Verwendung ab zu leisten, und haftet allgemein wegen des aus der Pflichtverletzung entstehenden Schadens auf Ersatz (§§ 1834, 1833 B. G B.)

So verbietet ferner der § 81 H. G. B. Personen, die nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte sind, Handlungslehrlinge zu halten oder sich mit deren Anleitung zu befassen. Die herrschende Ansicht hält diese Vorschrift für eine lex imperfecta. Verletzung derselben zieht die Verpflichtung zum Schadenersatz nach §§ 823 ff. B. G. B. und ausserdem Strafe nach § 82_2 H. G. B. nach sich.

Fassen wir das Anwendungsgebiet der leges imperfectae zusammen, so ergibt sich, dass sich die Rechtsordnung ihrer dort bedient, wo die Nichtigkeit des verbotenen Geschäfts ausser Verhältnis zu dem erstrebten Erfolg wäre.

4. Die öffentlich rechtlich, besonders strafrechtlich verbotenen Rechtsgeschäfte.

Häufig bedroht das Gesetz rechtsgeschäftliches Handeln mit öffentlichrechtlichen, besonders kriminellen Strafen, ohne sich über die zivilrechtliche Folge der Uebertretung zu äussern, so dass aus der Ausdrucksweise Aufschluss über den Willen des Gesetzes nichts zu erhalten ist.

Das römische Recht, dem das gemeine Recht folgte, vertrat bei Lösung der Frage, welches die zivilrechtliche Wirkung eines Strafverbotes sei, einfach den Standpunkt, dass Nichtigkeit die Folge jedes Verbotes sei.

Nach heutigem Recht kommt wieder der § 134 B. G. B. in Betracht, dessen Bestimmung nach den Motiven I. 210 namentlich die gegen Rechtsgeschäfte gerichteten Verbotsgesetze des öffentlichen Rechts und insbesondere des Strafrechts im Auge hat. Ein neuer Gesichtspunkt ist allerdings durch die Bestimmung, dass die Nichtigkeit eintritt, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergiebt, nicht gegeben, da eben das Strafgesetz nichts über die zivilrechtliche Folge des Verstosses gegen das Gesetz enthält. Jedoch geben die Motive eine Andeutung darüber, wann eine Ausnahme von der Nichtigkeit der gegen das Strafgesetz verstossenden Rechtsnormen anzunehmen ist. Die Motive heben hervor, dass in den Fällen, in denen bei einem Vertrage das Verbot nur den einen Teil betrifft,

der Regel nach der Vertrag als solcher nicht ungültig sein sollte. Dieser Standpunkt der Motive wird auch vom Reichsgericht, wenn auch in schwankender Judikatur, vertreten. Bei einer Erörterung des § 270 Pr. Str. G. B. vom 14. April 1851, der mit Rücksicht auf E. G. B. G. B. Art. 2 nicht ausser Kraft gesetzt ist, und der lautet: „Wer andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen, dieselben mögen Verkäufe, Verpachtungen, Lieferungen, Unternehmungen oder Geschäfte irgend einer Art betreffen, durch Gewalt oder Drohung oder durch Zusicherung oder Gewährung eines Vorteils abhält, wird mit Gefängnis bis zu sechs Wochen bestraft" — führt das Reichsgericht in einer Plenarentscheidung vom 17. März 1905 aus, das ein Vertrag, durch den der eine Kontrahent sich von dem andern gegen Zusicherung eines Vorteils vom Bieten bei einer öffentlichen Versteigerung abhalten lässt, nicht um desswillen allein nach § 134 B. G. B. nichtig sei, weil der § 270 den mit Strafe bedroht, der Andere vom Bieten bei öffentlichen Versteigerungen durch Zusicherung oder oder Gewährung eines Vorteils abhält. Das, was der § trifft und treffen will, ist also die Tätigkeit des einen Kontrahenten und nur diese, nämlich desjenigen, der vom Bieten abgehalten hat; nicht will er weitergreifen, namentlich nicht das Rechtsgeschäft selbst unter seine Strafbestimmung einziehen.

Diese Ansicht des Reichsgerichts dürfte manchmal zu recht eigenartigen Resultaten führen.

Ueberall da, wo das Strafverbot sich nicht unmittelbar gegen das Rechtsgeschäft selbst richtet, wo das Rechtsgeschäft vielmehr nur deshalb zur strafbaren Handlung wird, weil es eines der Mittel ist,

durch welches das verbotene Resultat verwirklicht werden kann, überall da muss sich das Strafrecht damit begnügen, die Strafdrohung einseitig gegen denjenigen zu richten, der dieses Mittel angewendet hat, z. B. gegen den Wucherer, Hehler, Erpresser usw. Sollten deshalb der Regel nach die von diesen abgeschlossenen Geschäfte gültig bleiben? Diese Konsequenz dürfte sowohl den Motiven wie dem Reichsgericht unbekannt geblieben sein.

Diese Erkenntnis hatte wohl der sechste Zivilsenat des Reichsgerichts bezüglich des § 270, als er bei Vorliegen desselben Tatbestandes durch Urteil vom 2. Juni 1902 den Vertrag mit der Begründung für nichtig erklärte, dass das Versprechen eines Vorteils gegen § 270 Pr. Str. G. B. verstosse und dass, da dieses ein notwendiger, untrennbarer Teil des gewollten Rechtsgeschäfts sei, letzteres selbst von dem Verbotsgesetze betroffen werde. Dann soll das ganze Rechtsgeschäft nach § 134 nichtig sein.

Es erhebt sich nun die Frage, wann eine Handlung, „die zugleich Tatbestands-Element eines Rechtsgeschäfts und eines Delikts“ [1]) ist, ihre zivilrechtliche Wirkung einbüsst. Um diese zivilrechtliche Wirkung der Strafverbote richtig zu erkennen, bedarf es einer kurzen Gegenüberstellung der Straf- und Zivilverbote. Das Zivilverbot will nicht nur, dass verbotene Rechtsgeschäfte keine Wirksamkeit haben, es will auch die äussere Handlung, die Vornahme selbst des betreffenden Rechtsgeschäftes verhüten. Da die gegen die äussere Erscheinung gerichtete Norm des Zivilverbotes jedoch sanktionslos ist, setzt die Macht der Privatrechts-

---

[1]) Regelsberg, Pand. I. 476.

ordnung erst dann ein, wenn eine von ihr verbotene Handlung rechtlichen Schutz verlangt.

Das Strafverbot hingegen wirkt erst von dem Augenblick an, in dem eine Handlung vollendet ist und straft diese um ihrer selbst willen, ohne Rücksicht darauf, welche Sanktion das Zivilrecht ihr angedeihen lässt.

Der Unterschied zwischen Strafsanktion und Zivilsanktion liegt demnach darin, dass die erstere um ihrer selbst willen straft, ohne sich darum zu kümmern, ob für die Handlung rechtliche Anerkennung nachgesucht wird, während der Zivilordnung erst dann eine Waffe zur Bekämpfung der ihr widerstrebenden Handlungen ersteht, wenn die Zuwiderhandelnden Anerkennung derselben erstreben.

Wir sehen, dass eine Uebereinstimmung der beiden Verbotsarten nur insoweit vorhanden ist, als beide mit einem du „sollst nicht“ gegen die äussere Handlung, die Tatseite des Rechtsgeschäfts gerichtet sind. Während aber die Zivilverbote der verbietenden Norm, die einfach sagt, dass etwas nicht geschehen solle, dadurch den gehörigen Nachdruck zu verleihen imstande sind, dass sie den Zuwiderhandelnden, die um rechtliche Anerkennung des verbotswidrigen Geschäfts nachsuchen, diese versagt, besitzt das Strafverbot als solches keine zivilrechtlichen Wirkungen.

Dieser bedarf es auch nicht, wenn sich die Strafverbote gegen Rechtsgeschäfte richten. Der Tatbestand des Strafverbots ist in diesem Falle mit der Vollendung des Rechtsgeschäfts erfüllt. Mit diesem Moment greift der Arm der Rechtsordnung ein, gleichgültig, ob jene Handlung rechtliche Wirksamkeit erstrebt oder nicht.

Bezüglich der Frage: In wieweit kann eine nur den äusseren Vorgang treffende Strafdrohung auf den zivilrechtlichen Bestand eines Rechtsgeschäfts von Einfluss sein, weist Endemann [1]) mit Recht darauf hin, dass aus der Strafdrohung allein hierfür nichts gefolgert werden könne. Lediglich weil eine Handlung der bürgerlichen Rechtsordnung widerspricht und die durch das Zivilverbot zu garantierenden Rechtsschranken widerrechtlich verletzt, wird sie zum Schutze der Rechtsordnung mit Strafe belegt. Soll daher ein gegen eine Strafrechtsnorm verstossendes Rechtsgeschäft nichtig sein, so muss das Strafverbot gleichzeitig mit der strafrechtlichen eine zivilrechtliche Sanktion verbinden.

Es erhebt sich nun die weitere Frage: Bringt die Rechtsordnung dadurch, dass sie eine Rechtshandlung bestraft, zugleich zum Ausdruck, dass eine solche keinerlei Rechtswirkung haben kann? Dies wäre der Fall, wenn das Streben nach Rechtswirkung mit der äusseren Handlung identifiziert werden könnte. Dies trifft aber nicht immer zu; denn sehr oft missfällt der Rechtsordnung nur die Tatseite, während die Rechtsfolgen nichts unliebsames für sie enthalten. Wenn z. B. die R. G. O. den Verkauf von Waren an Sonn- und Feiertagen untersagt und bestraft, so richtet sie sich damit nur gegen die Art der Vornahme der betreffenden Geschäfte selbst. Denn die Wirkung eines Kaufvertrags an einem Sonntag kann keine andere sein als die eines an einem Wochentag abgeschlossene.

Dass es nicht die Strafe sein kann, welche die zivilrechtliche Wirkung hindert, ergibt sich ferner aus

[1]) Wirkung S. 111.

der Erwägung, dass, wenn alle Strafverbote die Nichtigkeit der trotzdem vorgenommenen Geschäfte bewirkten, der § 134 mit seinem Vorbehalte überhaupt keinen Sinn mehr hätte, da er doch deutlich zu erkennen gibt, dass auch strafrechtlich verbotene Rechtsgeschäfte ihre Gültigkeit trotz der Rechtswidrigkeit bewahren können.

Im Verhältnis zum Zivilrecht hat daher die Strafdrohung nur die Bedeutung eines äusseren Momentes, der wohl dazu dienen kann, die gegebene Rechtsordnung zu schützen, nie aber unmittelbaren zivilrechtlichen Einfluss besitzt. Es wird daher bei der Prüfung der zivilrechtlichen Wirkung der Strafverbote in erster Linie zu erwägen sein, was durch die Strafdrohung als betroffen anzusehen ist; ist es nur die Tatseite oder äussere Handlung, oder ist es die erstrebte wirtschaftliche Folge, die von dem Verbote mitbetroffen werden soll? Hierbei lassen sich folgende Sätze aufstellen: Denjenigen Strafverboten wird zivilrechtliche Wirksamkeit nicht abzusprechen sein, die, im Interesse der Privatrechtsordnung erlassen, zivile Tatbestände zum Gegenstand ihrer Strafdrohung erheben. Diesen Strafverboten fällt die Aufgabe zu, den von der Rechtsordnung anerkannten Prinzipien die nötige Beachtung zu sichern, da die Erfahrung lehrt, dass die Strafe dafür viel wirksamer ist, als jedwede noch so strenge Zivilsanktion. So wird der Dieb sich nicht durch die blosse zivilrechtliche Unwirksamkeit seines Handelns von der Ausführung seines Vorhabens abbringen lassen. Da er jedoch mit seiner auf Verletzung des Eigentums gerichteten Handlung den Erwerb von Vermögensstücken erstrebt, so verstösst er durch die vorgenommene Handlung gleichzeitig gegen die Privatrechtsordnung, und damit ist ein Einwirken auf den

rechtlichen Bestand seiner Handlung möglich geworden. Wir sehen, dass die rechtlichen Wirkungen eines einem Strafverbote entgegen vorgenommenen Rechtsgeschäfts lediglich nach der Privatrechtsordnung zu beurteilen sind. Besondere Regeln hier aufzustellen, wie Isay es tut, ist überflüssig. Er sagt[1]: „Unabhängig von der Zahl der deliktischen Elemente eines rechtsgeschäftlichen Tatbestandes ist das Rechtsgeschäft stets dann gültig, wenn es mindestens eine nicht deliktische Willenserklärung enthält, jedoch macht eine verbotswidrige causa bei causalen Rechtsgeschäften das ganze Rechtsgeschäft nichtig, während im Gegensatz hierzu bei abstrakten Rechtsgeschäften die verbotswidrige causa ohne Einfluss auf den Bestand des Rechtsgeschäfts ist".

Wir begnügen uns damit zu sagen, dass in der Privatrechtsordnung, die den Rechtsgeschäften ihre Wirksamkeit verleiht, die Gründe für die Nichtigkeit resp. Gültigeit der verbotswidrigen Geschäfte gesucht werden müssen. Aus diesem Grunde geht es zu weit, wenn Endemann sagt, dass bei denjenigen Strafgesetzen, welche eine Handlung verbieten und strafen, weil sie in die Ordnung der Rechtsgüter eingreift, der Grund der Strafe zugleich der Grund der Ungültigkeit ist, und meint: „Alle Handlungen, welche die Grundlage der bürgerlichen Rechtsordnung, das gesicherte Haben, die Redlichkeit des Verkehrs, die rechtlich anerkannte Sitte verletzen, sind nichtig; die Strafe kommt nur hinzu, um den äusseren Schutz gegen Verletzung zu gewähren" [2]). Denn diese Rechtsgeschäfte werden von

---

[1]) S. 108.
[2]) Wirk. S. 113.

der Privatrechtsordnung nicht ausnahmslos zu nichtigen gemacht.

Die Richtigkeit unserer Behauptung, dass die Rechtswirkungen der Strafverbote nicht aus ihrem Strafcharakter zu entnehmen sind, mögen hier einige Beispiele belegen: Die nach §§ 302 ff Str. G. B. strafbaren Wuchergeschäfte sind nach § 138 B. G. B. nichtig. Die privatrechtliche Wirkung der Bigamie, die § 171 Str. G. B. unter Strafe stellt, ergibt sich aus § 1326 B. G. B.; die gegen § 286 Str. G. B. verstossenden Ausspielungen sind nach den §§ 762, 763 B. G. B. zu beurteilen; nicht aus der Strafbestimmung des § 145_a Str. G. B. sondern aus § 795 B. G. B. ergibt sich, dass das staatlich nicht genehmigte in den Verkehrbringen von Schuldverschreibungen auf den Inhaber unterschiedslos nichtig sei; der § 292 Str. G. B. bestraft das Jagen an Orten, an denen man zu jagen nicht berechtigt ist, der § 368_2 Str. G. B. das unbefugte Ausnehmen von Eiern und Jungen von jagbarem Federwild, der § 370_4 das unberechtigte Fischen und Krebsen; die Rechtsunwirksamkeit dieser Handlungen ergibt sich aus den zivilrechtlichen Bestimmungen über die Aneignung, besonders § 958_2 B. G. B.

Den vorgenannten Gesetzen, bei denen sich der Grund ihres Erlasses und ihre zivilrechtliche Wirkung aus der Privatrechtsordnung ergibt, steht die Gruppe jener Strafverbote gegenüber, die über den Inhalt und Umfang der bürgerlichen Rechtsordnung hinausgehend, Geschäfte treffen, welche vom zivilrechtlichen Standpunkt aus zulässig erscheinen.

Diese Strafverbote, die ihre Entstehung einer Erweiterung der gesetzgeberischen Aufgaben des modernen Staates verdanken, wurden aus Utilitätsrücksichten

erlassen, im Interesse der Sozial- und Finanzpolitik, der Gewerbepolizei, der Verkehrssicherheit etc.

Zahlreiche dieser Verbote beeinflussen die zivilrechtliche Wirkung der verbotswidrigen Geschäfte. So sagt § 115 G. O.: „Die Gewerbetreibenden sind verpflichtet, die Löhne ihrer Arbeiter in Reichswährung auszuzahlen. Sie dürfen keine Waren kreditieren“. Dieses Verbot, das eine vom Standpunkte der Privatrechtsordnung durch nichts gerechtfertigte Einschränkung der individuellen Vertragsfreiheit darstellt, wird erst vom Standpunkte der öffentlichen Rechtsordnung aus verständlich, die es unliebsam empfindet, dass die Arbeiter infolge Kreditierung von Seiten des Arbeitgebers, in dessen wirtschaftliche Abhängigkeit geraten. Das Gesetz begnügt sich deshalb nicht mit der § 146 normierten Bestrafung des betreffenden Gewerbetreibenden, sondern erklärt im § 117 G. O. solche Verträge ausdrücklich für nichtig.

Hier fordert die öffentliche Rechtsordnung Nichtigkeit des gegen ihr Verbot eingegangenen Rechtsgeschäftes, und die im § 134 B. G. B. statuierte Ausnahme — wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergiebt — findet keine Anwendung: Das Geschäft ist schlechthin nichtig, weil, ohne dass sich aus der Privatrechtsordnung etwas anderes ergiebt, das Gesetz die mit dem Geschäft verbundene Einwirkung auf die Privatinteressenssphäre des Einzelnen als für das Gemeinwohl unerspriesslich verpönt.

Dass ein grosser Teil der öffentlich rechtlichen Verbotsgesetze „leges minus quam perfectae“ sind, liegt daran, dass sie auf den Rechtsbestand des verbotenen Rechtsgeschäfts eine Einwirkung nicht ausüben wollen. Wollen sie dies jedoch, dann bewirken sie regelmässig Nichtigkeit.

Aus diesem Grunde hat der § 361 Str. G. B., der das Betteln unter Strafe stellt, keine zivilrechtliche Wirkung. Denn der Zweck des Gesetzes geht nicht dahin, die durch die Schenkung eingetretene Vermögensschiebung zu verhindern; das Gesetz verbietet weder dem Geber dem Bettler zu schenken, noch diesem das Geschenk anzunehmen; es verbietet lediglich den vom Bettler ausgehenden Antrag zum Abschluss eines Schenkungsvertrages.

Aus demselben Grunde wird das nach preussischem Verwaltungsrecht zulässige Verbot des Verkaufs von Branntwein an die als Trunkenbolde bezeichneten Personen unmittelbare zivilrechtliche Wirkung nicht äussern.

Die gesetzliche Vorschrift, dass zum Abschluss gewisser Rechtsgeschäfte Stempelpapier verwendet oder Steuermarken kassiert werden sollen, ist lediglich im Interesse des Fiskus aufgestellt, und bleibt daher bei Zuwiderhandeln das Rechtsgeschäft vollgültig.

In gewissen Fällen ist die Erlaubnis zum Betriebe eines Gewerbes von einer Konzession, Genehmigung oder Approbation abhängig gemacht, §§ 14 ff, 16 ff, 29 ff, 55 ff Gewerbe-Ordnung; auch hier berührt der Mangel dieser Erfordernisse die Gültigkeit eines Vertragsschlusses nicht.

Ebenso hat die Bestimmung des § 16 des Reichsbeamten-Gesetzes vom 31. März 1873, dass kein Beamter ohne vorhergängige Genehmigung der obersten Reichsbehörde ein Gewerbe betreiben dürfe, keine zivilrechtliche Bedeutung.

So verlangt auch der § 367 Str. G. B. die Einholung einer polizeilichen Erlaubnis und bestraft denjenigen, der ohne diese Erlaubnis Gifte und Arzneien, welche dem Handel nicht freigegeben sind, veräussert.

Auch hier behält das gegen das Verbot vorgenommene Veräusserungsgeschäft seine Gültigkeit.

Wie der Verkehrsfähigkeit gewisser Sachen Schranken gesetzt sind, so ist die Erwerbsfähigkeit gewisser Personen beschränkt. So bestimmt § 185 des preussischen Berggesetzes vom 25. Juni 1865, dass Bergbeamte und ihre Angehörigen in ihrem Amtsbezirke Bergwerke oder Kuxe nicht ohne Genehmigung des Handelsministers erwerben können; und ähnliche Verbote bestehen für Forst- und Domänenbeamte.

Solche Vorschriften sind erlassen, um einem Missbrauch der Eigenschaft und Stellung als Staatsbeamter vorzubeugen, daneben aber auch in rein fiskalischem Interesse. Dieser Zweck wird nur dadurch erreicht, dass Rechtsgeschäfte, welche gegen diese Bestimmungen verstossen, nichtig sind; ganz abgesehen davon, dass auch hier die Rechtswirksamkeit in Widerspruch mit den Interessen der öffentlichen Rechtsordnung stünde.

Nach Art. 86 E. G. B. G. B. bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche den Erwerb von Rechten durch juristische Personen beschränken oder von staatlicher Genehmigung abhängig machen, soweit diese Vorschriften Gegenstände im Werte von mehr als 5000 Mk. betreffen. Art. 6 des preussischen Ausführungsgesetzes fordert für Schenkungen und Zuwendungen von Todeswegen über diesen Betrag hinaus die Genehmigung des Königs oder der durch K. O. bestimmten Behörden zu ihrer Wirksamkeit ihrem vollen Betrag nach. Zuwiderhandlungen werden bestraft. — Gleiches gilt für den Erwerb von Grundstücken durch Ausländer nach Massgabe des Art. 88 E. G. B. G. B. mit Art. 7 des preussischen Ausführungsgesetzes.

§ 7_3 der Eisenbahnverkehrsordnung vom 26. Oktober 1899 verbietet jede Preisermässigung oder

sonstige Vergünstigung gegenüber den Tarifen und erklärt Zuwiderhandlungen für nichtig.

Andere im sozialen Interesse erlassenen Gesetze sind: Das Reichsgesetz betreffend Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894, wonach für den Fall, dass sich der Verkäufer bei Abzahlungsgeschäften den Rücktritt wegen Nichterfüllung vorbehält, nicht die Vereinbarung getroffen werden darf, dass die bisher erfolgten Teilzahlungen mit dem Rücktritt vom Vertrage verfallen seien; die Abrede, dass Nichterfüllung die Fälligkeit der ganzen Restschuld zur Folge haben soll, ist danach nur unter der Voraussetzung gültig, dass der Käufer mit wenigstens zwei aufeinander folgenden Teilzahlungen im Rückstande bleibt. — Entgegenstehende Vereinbarungen sind nichtig.

Gültig bleibt das gegen Verbotsgesetze dieser Art verstossende Rechtsgeschäft nur für die Fälle, in welchen das Verbotsgesetz sich nicht eigentlich gegen das Rechtsgeschäft selbst und seinen zivilrechtlichen Inhalt wendet, sondern wo es nur eine bestimmte äussere Form seiner Vornahme, eine gewisse Art und Weise der Aeusserung des an sich nicht verbotswidrigen Geschäfts verpönt.

Die Umgehungsgeschäfte.

Mit der Erkenntnis, dass der Sinn des Gesetzes über dem Wortlaut steht, und dass jeder, der einen dem Sinne nach unter das Gesetz fallenden Tatbestand verwirklicht, dies aber durch eine absichtlich falsche Interpretation der Rechtsregel zu verschleiern sucht, das Gesetz umgeht, entstand der Begriff des „in fraudem legis agere“. —

Theodosius definiert die Umgehungsgeschäfte in der c. 5. C. de leg. 1, 14 folgendermassen: „Non dubium est in legem committere eum, qui verba legis amplexus, contra legis nititur voluntatem. Nec poenas legibus insertas evitabit, qui se contra iuris sententiam scaeva praerogativa verborum fraudulenter excusat“.

Umgehungsgeschäfte sind danach solche Geschäfte, die, ohne mit dem Buchstaben des Gesetzes in Widerspruch zu kommen, d. h. in einer an sich erlaubten Rechtsform, den vom Gesetz verpönten materiellen Rechtserfolg praktisch erreichen.

Je nachdem die Rechtsgeschäfte einen juristischen oder wirtschaftlichen Zweck verfolgen, begegnen uns bald solche Fälle, in welchen der Gesetzgeber nur einzelne ihm nicht genehme Rechtsformen verhindern will, ohne deshalb einer Verwirklichung des Rechtsgeschäfts in anderer Art und Weise entgegenzutreten, bald solche, wo er das wirtschaftliche Resultat verpönt. Ein Beispiel der ersten Art ist der § 1059 Abs. 1 B. G. B., der sagt: Der Niessbrauch ist nicht übertragbar.

Das Verbotsgesetz wendet sich hier nur gegen

eine gewisse ihm missfallende Rechtsform, ohne dass es in seiner Absicht läge, das wirtschaftliche Resultat überhaupt — nämlich die Nutzung durch einen Dritten — zu verhindern; denn in Abs. 2 desselben Paragraphen fügt es hinzu: Die Ausübung des Niessbrauches kann einem andern überlassen werden.

In diesem Fall, wo die Rechtsordnung nur einer bestimmten Rechtsform ihre Gültigkeit versagt, ist daher eine Umgehung nicht möglich, da das juristische Zweckbestreben, gegen das Abs. 1 ankämpft, sich nur dadurch verwirklicht, dass es die verbotene Rechtsform wählt.

Anders liegt die Sache, wenn die Verbotsgesetze sich nicht gegen eine juristische äussere Form, sondern gegen den materiellen Inhalt eines Geschäftes wenden.

In diesem Falle geht die Zweckbestimmung des Gesetzes über seinen Wortlaut hinaus. Daher erleiden diejenigen Rechtsgeschäfte, die das Gesetz nicht ausdrücklich erwähnt, die aber im wesentlichen zu denselben praktischen Resultaten führen, welche das Gesetz durch sein Verbot hat treffen wollen, wegen des verbotenen Zweckes dasselbe Schicksal wie das ausdrücklich verbotene Rechtsgeschäft.

So verbot z. B. das S. C. Macedonianum an Haussöhne Darlehen zu geben.

Mit diesem Verbot wollte man der entsittlichenden Wirkung von barem Geld in der Hand junger Leute entgegentreten. Andere Geschäfte abzuschliessen war ihnen jedoch unbenommen. Verkaufte daher ein Gläubiger, den ein Haussohn um ein Darlehen anging, diesem éinen Wertgegenstand, damit er ihn sofort wieder in Geld umsetzen und sich das Darlehen auf diese Weise verschaffen konnte, so war das abgeschlossene Geschäft juristisch kein Darlehen.

Hier war der Kauf nur eine andere Rechtsform, in der das praktische Resultat, das durch Hingabe eines Darlehens erreicht werden sollte, verwirklicht wurde, und war somit in fraudem legis abgeschlossen. Es entstand daher für den Haussohn keine Verpflichtung aus demselben.

Nach § 247 B. G. B. ist der Schuldner, der sich verpflichtet mehr als 6 % Zinsen zu zahlen, berechtigt nach 6 Monaten mit 6 Monatsfrist das Kapital zu kündigen. Dies Recht darf durch Vertrag nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden.

Diese Vorschrift könnte leicht damit umgangen werden, dass statt Zinsen andere Leistungen versprochen werden, die sich als Zinsen darstellen, oder dass man für eine höhere Summe als die, welche man erhalten hat, 6 % Zinsen zahlte. Solche Vereinbarungen sind jedoch als in fraudem legis vorgenommen, nichtig.

Wir sehen somit, dass überall da, wo das Verbotsgesetz sich damit begnügt, ein bestimmtes Rechtsgeschäft zu verbieten, auch jedes andere Rechtsgeschäft, das den durch das Verbotsgesetz bekämpften wirtschaftlichen Erfolg erstrebt, ebenfalls nichtig ist.

Dagegen lässt sich nicht schlechtweg behaupten, dass Umgehungschäfte immer nichtig und wirkungslos seien. In der zweiten Kommission ist zwar der Antrag gestellt worden, dem § 105 (jetzt 134) einen Zusatz dieses Inhalts beizufügen; der Antragsteller selbst verzichtete aber auf Abstimmung hierüber, und man hielt es für bedenklich, eine positive Bestimmung über Gesetzesumgehung aufzunehmen. Denn „die Entscheidung der Frage, ob ein Rechtsgeschäft als in fraudem legis vorgenommen nichtig sei, hänge ab von der Auslegung des rechtsgeschäftlichen Tatbestandes und der diesen Tatbestand erfassenden Norm. Man

würde Gefahr laufen, dass eine Reihe erlaubter Geschäfte für nichtig erklärt werde, wenn man hier in die Auslegungsfreiheit des Richters eingreifen und diesem im Gesetze eine Direktive erteilen wollte". (P. I. 123).

Es wird also die Aufgabe des Richters sein, nicht beim Buchstaben des Verbots stehen zu bleiben, sondern durch Auslegung festzustellen, ob nur der bestimmte im Gesetz ausdrücklich vorgesehene Fall ausgeschlossen sein soll, oder ob dem Verbot eine allgemein gültige Norm zu Grunde liegt, welche seine ausdehnende Anwendung auch auf andere Geschäfte gestattet, die ihrem richtig erkannten Inhalte nach die vom Verbot getroffene Rechtslage herstellen wollen [1].

Die Frage, ob ein Umgehungsgeschäft auch bei Gebotsgesetzen vorkommen kann, wird von der herrschenden Ansicht verneint. Es ergibt sich dies auch aus unserer Darlegung, da es in diesem Falle an dem Verbote einer bestimmten juristischen Form, die zu umgehen wäre, und an einem gewissen vom Gesetz missbilligten Zweckbestreben mangelt, den zwei Erfordernissen, die ein Umgehungsgeschäft erst ermöglichen.

[1]) Endemann, R. G. B., S. 49.

Lebenslauf.

Als Sohn des Fabrikbesitzers Alfred de Hody wurde ich am 22. Aug. 1885 in Saargemünd geboren. Ich besuchte das Gymnasium meiner Vaterstadt und bestand dort im Herbst 1904 das Abiturientenexamen.

Hierauf studierte ich Rechtswissenschaft und zwar an den Universitäten Würzburg (2 Semester), Berlin (1 Sem.), Grenoble (1 Sem.) und Strassburg (3 Sem.)

Am 4. Dez. 1908 bestand ich die Referendarprüfung. Seither bin ich als Referendar beschäftigt.